

多摩談合最高裁判決の評釈

白石忠志

東京大学大学院法学政治学研究科

2012年12月

多摩談合最高裁判決の評釈

白石忠志

東京大学ディスカッションペーパー-GCOESOFTLAW-2012-1

2012年12月

- 1 入札談合事件において、独禁法2条6項の要件である「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」とは、基本合意参加者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいう、と述べて、不当な取引制限の成立を肯定した事例
- 2 入札談合事件において、独禁法7条の2第1項の要件である「当該商品又は役務」とは、基本合意の対象とされた工事であって、基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生するに至ったものをいう、と述べて、「当該商品又は役務」に該当することを肯定した事例

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律2条6項、7条の2第1項

平成24年2月20日第一小法廷判決（平成22年（行ヒ）第278号、公正取引委員会対株式会社新井組ほか3名、審決取消請求事件）

民集66巻2号796頁

〔事実〕

1 X1～X4（原告・被上告人）（新井組、奥村組、大成建設、飛島建設）および他の29社から成る「本件33社」（民集801頁）は、いずれも国内の広い地域において総合的に建設業を営む「ゼネコン」（民集801頁）である。ゼネコンである「その他47社」（民集801頁）や、ゼネコンでない「地元業者」（民集801頁）も、多摩地区で建設業を営んでいる。

平成9年10月1日から平成12年9月27日までの期間を「本件対象期間」（民集801頁）とすると、本件33社は、遅くとも本件対象期間の始期から、本件対象期間の終期まで、「本件基本合意」（民集806頁）をしていた。その内容は、「公社発注の特定土木工事」（民集801頁）について、受注予定者を定め、受注すべき価格は受注予定者が決定し、受注予定者以外の者は受注予定者が当該価格で受注できるよう協力する、というものである。「公社」とは、財団法人東京都新都市建設公社である（民集798頁）。「公社発注の特定土木工事」とは、公社が発注する「Aランク以上の土木工事」（民集801頁）であって、「本件33社及びその他47社のうちの複数の者又はこれらのいずれかの者をメインとする複数のJVを入札参加業者又は入札参加JVの全部又は一部とするもの」である（民集801頁）。

公社は、本件対象期間中に、公社発注の特定土木工事を72件発注した。そのうち、本件33社の落札・受注に係る工事は34件であり、「本件34件の工事」という（民集802頁）。本件34件の工事のうちX1～X4が落札・受注したものは7件あり、「本件個別工事」という（民集802頁）。本件で問題となる不当な取引制限の課徴金は、名宛人が落札・受注した物件でなければ、課されない（7条の2第1項の「売上額」の文言による）。

2 本件の事件処理手続は、独禁法の平成17年改正（平成17年法律第35号）前の規定によって進められた。

公取委が本件33社を含む34社に対して課徴金納付命令をしたところ（公取委命令平成13年12月14日（平成13年（納）第446号）審決集48巻458頁）、すべての名宛人が審判請求をした（公取委審判開始決定平成14年1月28日（平成14年（判）第1号）審決集48巻399頁）。上記の課徴金納付命令は失効となる。

公取委（被告・上告人）は、本件審決（公取委審判審決平成20年7月24日（平成14年（判）第1号）審決集55巻174頁）において、本件33社が独禁法2条6項で定義される「不当な取引制限」をおこなったと認定し、うち30社に対して課徴金の納付を命じた。

3 30社のうち25社が本件審決の取消しを求める訴えを提起し（平成20年度公正取引委員会年次報告102頁）、東京高裁の5つの合議体が分担して審理した。そのうちX1～X4を原告とするものが本件の原審判決である。原審判決は、請求を認容し、本件審決のうちX1～X4に課徴金の納付を命じた部分を取り消した（東京高判平成22年3月19日（平成20年（行ケ）第25号）、民集66巻2号861頁、審決集56巻第2分冊567頁〔新井組等〕）。本件の原審判決に先行して判決が言い渡された他の4件ではいずれも審決取消請求が棄却されている（東京高判平成21年5月29日（平成20年（行ケ）第16号）審決集56巻第2分冊299頁〔西松建設等〕、東京高判平成21年10月23日（平成20年（行ケ）第17号）審決集56巻第2分冊399頁〔加賀田組等〕、東京高判平成21年12月18日（平成20年（行ケ）第18号）審決集56巻第2分冊423頁〔松村組等〕、東京高判平成22年1月29日（平成20年（行ケ）第21号）審決集56巻第2分冊476頁〔植木組等〕）。

4 原審判決は次のように判示した。

(1) 「以上によれば、本件において『一定の取引分野』において『競争』を『実質的に制限』するとは、公社が発注する多摩地区の下水道工事のうちのAランクの工事に関し、入札参加者となることや自社で決定した金額で入札することに関して、Aランクの建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除すること（ただし、指名競争入札という手続上の制約から、公社が選定指名しなかったという意味での営業活動の停止や排除は除く。）によって、特定の建設業者が、ある程度自由に公社が発注するAランク工事の受注者あるいは受注価格を左右することができる状態に至っていることをいうものと解される。」（民集905頁）

そのうえで原審判決は、本件個別工事（前記1）のそれぞれを個別に検討し、それらの各物件において、一定の取引分野において競争を実質的に制限したと認定することはできないとした（民集905～912頁）。

(2) そのように結論づけたあと、原審判決は、公取委の、基本合意に基づいて全体の相当程度の割合の物件が受注されるときには一定の取引分野における競争の実質的制限があるというべきであるという主張に応え、たとえば次のように述べた。

「…被告の主張する本件基本合意とは、要は、公社が発注する土木工事の入札に関しては、『当事者』たる33社及び『協力者』たるその他のゼネコンの総体において、公社が発注するAランクの工事は受注希望を有する者が受注すればよい、受注希望者が複数いれば当該受注希望者同士で自社の事情等（被告はこれを「条件」と称する。）を話し合えばよい、その他の者は受注希望者か

ら工事希望票の提出を求められたり入札する金額の連絡等がされた場合には、工事希望票を提出し受注希望者の落札を妨害する行為はしないという共通認識があったという程度のものにすぎず、この程度の認識を建設業者らが有していたことをもって直ちに自由で自主的な営業活動上の意思決定を将来にわたって拘束するほどの合意の成立があったと断ずることができるのか甚だ疑問というべきである」（民集915頁）。

5 公取委が上告受理申立てをおこない、平成23年11月17日に最高裁が受理を決定した（平成23年度公正取引委員会年次報告94頁）。平成24年1月23日に最高裁で弁論がなされた（公正取引情報2313号7頁）。

本判決の争点は、〔判旨〕に掲げる本判決の筋書きに沿うならば、本件基本合意が独禁法2条6項にいう「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」を充たすか否か（判旨1）、本件個別工事は同法7条の2第1項にいう「当該商品又は役務」に該当するか否か（判旨2）、ということになる。

〔判旨〕 破棄自判・請求棄却（本件審決を是認）。

1 「…〔独禁法〕2条6項にいう『一定の取引分野における競争を実質的に制限する』とは、当該取引に係る市場が有する競争機能を損なうことをいい、本件基本合意のような一定の入札市場における受注調整の基本的な方法や手順等を取り決める行為によって競争制限が行われる場合には、当該取決めにによって、その当事者である事業者らがその意思で当該入札市場における落札者及び落札価格をある程度自由に左右することができる状態をもたらすことをいうものと解される。」（民集810頁）。

これを本件に当てはめて、次のような事情を摘示し、「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」に該当するとした（民集810～811頁）。

（あ）Aランク以上の土木工事については、入札参加を希望する事業者ランクがAの事業者の中でも、本件33社及びその他47社が指名業者に選定される可能性が高かった、（い）個別の受注調整にあたってはその他47社からの協力が一般的に期待でき、地元業者の協力又は競争回避行動も相応に期待できる状況の下にあった、（う）実際に発注された公社発注の特定土木工事のうち相当数の工事において本件基本合意に基づく個別の受注調整が現に行われ、そのほとんど全ての工事において受注予定者が落札し、その大部分における落札率（予定価格に対する落札価格の割合（民集802頁））も97%を超える極めて高いものであった。

2 「〔独禁法7条の2第1項〕所定の課徴金の対象となる「当該...役務」とは、本件においては、本件基本合意の対象とされた工事であって、本件基本合意に基づく受注調整等の結果、具体的な競争制限効果が発生するに至ったものをいうと解される。」（民集812頁）。

これを本件に当てはめて、次の事情を摘示し、「当該...役務」に該当するとした。「…本件個別工事は、いずれも本件基本合意に基づく個別の受注調整の結果、受注予定者とされた者が落札し受注したものであり、しかもその落札率は89.79%ないし99.97%といずれも高いものであったから、本件個別工事についてその結果として具体的な競争制限効果が発生したことは明らかである。」（民集812頁）。

本件審決を是認した他の4件の東京高裁判決（前記3）に係る名宛人側からの上告・上告受理申立てについては、本判決と同日に、いずれも斥ける決定がなされている（公取委審決等データベースシステム登載）。

（評釈）

1 はじめに

本判決の意義は、不当な取引制限に関連するいくつかの主要な法解釈について最高裁判決が初めて言及した点にある。調査官解説は、「事例判断」だとしながら、「今後の同種事案の事件処理においても大いに参考となるもの」と期待している（古田・後記解説96頁）。

調査官解説も認めるように、本判決は、既に確立した実務を最高裁判決が追認したものに過ぎず、新しい考え方を示したわけではない。また、以下で見るように、民集で判示事項・判決要旨とされているもの（判旨1に相当する）は、原審判決と本判決との結論の分かれ目ではない。本判決は、大方の相場観とは異なる結論を得た原審判決があり、それに対する「厳しい批判」（古田・後記解説96頁の表現）がなされたのを機に、最高裁が上告を受理し、本件の結論に影響する論点であるか否かには関係なく独禁法の基本的法解釈について判示し存在感を示そうとしたもの、と言える。

2 判旨1の評釈

（1）はじめに

まず、判旨1を評釈する。

「一定の取引分野における競争を実質的に制限する」の要件は、一応、「一定の取引分野における」と「競争を実質的に制限する」とに分けることもできるが、前者は後者の認定の舞台設定に過ぎないから、両者を一体化して検討することもできる。前者の「一定の取引分野における」という文言に特有の問題があるとすれば、この文言の適用対象となる市場に一定の大きさを求めるか、という論点のみであり、これについては後記5（3）で簡単に触れる。

そこで以下では、基本的に、「競争を実質的に制限する」（競争の実質的制限）を念頭に置きながら評釈する。

（2）これまでの判審決など

競争の実質的制限が、価格や品質などをある程度自由に左右することができる状態を指すという一般論は、企業結合規制や排除型私的独占については、既に確立していた。企業結合規制については、この一般論を述べる東京高裁判決の判示が昭和20年代から存在し（東京高判昭和26年9月19日（昭和25年（行ナ）第21号）高民集4巻14号497頁〔東宝スバル〕（高民集518頁）、東京高判昭和28年12月7日（昭和26年（行ナ）第17号）高民集6巻13号868頁〔東宝新東宝〕（高民集900頁））、現在の企業結合ガイドラインもそれを掲げたうえで詳論を展開している（公正取引委員会「企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針」（平成16年5月31日）第3の1（1））。排除型私的独占については、この一般論を述べる東京高裁判決の判示が最近になって登場し（東京高判平成21年5月29日（平成19年（行ケ）第13号）審決集56巻第2分冊262頁〔NTT東日本FTTHサービス〕（審決集294頁））、排除型私的独占ガイドラインもそれを掲げたうえで詳論を展開しており（公正取引委員会「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」（平成21年10月28日）第3の2（1））、最高裁判決も、明確な文言ではないものの、同旨を採ると窺わせる判示をおこなっている（最判平成22年12月17日（平成21年（行ヒ）第348号）民集64巻8号2067頁〔NTT東日本FTTHサービス〕（民集2080頁））。その部分の判示の分析として、白石忠志・同判決評釈・Law & Technology 52号（平成23年）21～22頁）。

それに対し、不当な取引制限については、事件数が多いにもかかわらず、明確な基準が示されることはなかった。その背景には、不当な取引制限であるとして立件される事件のほとんどすべてがいわゆるハードコアカルテル（価格協定、入札談合、市場分割など）であり、価格や品質などをある程度自由に左右することができる状態がもたらされることが通常は明らかであるために議論となることも少なく、それに対して、その成否が微妙な非ハードコアカルテルが立件されることは事実上ほとんどないからである。

このようななかでは、ハードコアカルテルの場合には行為要件を充たせば当然に競争の実質的制限の要件を充たす、と述べる大雑把な見解が発せられ、幅を利かせることになる。この考え方は、当然違反あるいはそれと同等の基準を建前とする米国法やEU法がこの分野で存在感を持つことと相俟って、一定の正統性を保ってきた。

他方で、そのような考え方では実際の実務をすべて説明し尽くすことはできない。ハードコアカルテルではあるが市場全体の価格や品質をある程度自由に左右できるとは言い切れない事案というものは、かりに存在しても、まず立件されないから、それらを違反不成立とするような一般的基準が議論される機会も少ない。しかしそのような事例が皆無であるわけでもない。たとえば、大阪バス協会に関する審判審決では、事業者団体による行為であるため適用法条が8条ではあるが、価格協定であるにもかかわらず一定の取引分野における競争の実質的制限の認定ができないことを理由に8条1号（当時は8条1項1号）ではなく8条4号（当時は8条1項4号）が適用され、課徴金の対象外となっている（公取委審判審決平成7年7月10日（平成3年（判）第1号）審決集42巻3頁（審決集71頁）（事業法との関係が問題となったものとは別の商品役務に関するもの））。他に、本判決と同じ年に現れた一例を挙げるなら、公取委は、電力自由化が進展するなかで、電気事業者と自由化対象需要家との間の交渉力の格差を問題として、複数の小規模な需要家による一括交渉を提唱し、そのような一括交渉は参加者の市場シェアが低い場合には原則として違反とならないとしている（公正取引委員会「電力市場における競争の在り方について」（平成24年9月）30～31頁）。これらの結論は、価格協定が当然違反であるなら、導き得ないものであろう。

建前においては当然違反と言われながら実際には違反とされないものも存在する、という以上のような現象を説明するには、結局のところ、実体規範としては企業結合規制や排除型私的独占の場合と同様に価格や品質がある程度自由に左右される状態があつてはじめて競争の実質的制限となる、という基準を前提としつつ、証明負担の割り振りの問題として、通常は当然違反的に取り扱われるのだ、と理解するのが最も据わりがよいように思われる。そのように見れば、同じ不当な取引制限のなかにおける非ハードコアカルテルや、同じ独禁法のなかの企業結合規制・排除型私的独占との間の、文言の同一性と実務的取扱いの異質性とを、包括的に説明することが可能となる。そして現に、ハードコアカルテルについて、そのような内容を示す公取委審決や、それに沿う理由づけを示した東京高裁判決が、いくつかあらわれていた（たとえば、本件審決（審決集55巻250頁）、東京高判平成20年9月26日（平成18年（行ケ）第11号）審決集55巻910頁〔ストーカ炉談合排除措置〕（審決集956頁））。

公取委による本件の上告受理申立ての理由も、本件のようなハードコアカルテルの場合の競争の実質的制限の解釈が、企業結合規制や排除型私的独占の場合と同じであることを強調する内容となっている（特に民集860頁）。

（3）本判決の位置づけ

本判決は、そのような流れを最高裁判決として追認した点に意義があり、また、それ以上の新しさをもつものではない。本判決の一般論は、不当な取引制限のうち入札談合事件に限定した書き方となっているが、その内容の一般性からみて、ハードコアカルテルの範疇に属する他の行為類型（価格協定や市場分割など）を含め、不当な取引制限の全体に同旨の射程が及ぶものとみてよい。

尤も、この一般論を事案に当てはめる段階では、入札談合特有の性格が顔をのぞかせる。入札談合の場合、法律構成の如何（後記5）は別として、ともあれ実際の競争制限は個別物件ごとにもたらされる。したがって、基本合意の対象であるとされた物件のうちどのくらいの割合において個別調整がおこなわれ成功したかということは、問題の本質とは関係がない場合も多い。たとえば本件においては、対象期間中の公社発注の特定土木工事が72件であったうち行為者である本件33社が受注したのは34件という半数以下にとどまる。しかし、行為者としては、基本合意の対象となる工事のうち受注したい物件のみについて競争制限が起これば足りるのであり、その割合が半数以下であるからといって、独禁法が保護しようとする価値の侵害が起きていないということにはならない。本判決では、この、半数以下という割合については「相当数の工事において」という表現でかわし、むしろ、個別調整が現におこなわれた物件に絞ったうえでの、その他47社や地元業者の協力の状況や、受注予定者の落札・受注の割合や落札率の高さを、強調している（民集811頁）。

（4）原審判決について

ところで、原審判決も、一般論のレベルでは、「Aランクの建設業者が自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除すること…によって」という見慣れない表現を挟んではいたものの、「特定の建設業者が、ある程度自由に公社の発注するAランク工事の受注者あるいは受注価格を左右することができる状態に至っていることをいうものと解される。」としていたのであり、本判決を含む標準的な考え方と異なるものではないように思われる。

本判決（本件審決）と原審判決とで結論が逆となった主な原因は、この同じ一般論を当てはめる対象を、本判決のように本件基本合意のみに絞ったのか、原審判決のように本件個別工事の具体的状況にまで広げたのか（そしてその具体的状況をどのように評価をしたのか）、に求められる（後記4、5）。

なお、原審判決が一般論を導く過程で2条4項の「競争」の定義に触れたうえで「自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除すること…によって」ということを述べ、要件充足を否定したことを捉えてか、原審判決を批判する際に2条4項の定義規定を攻撃する文献が散見される。しかし、原審判決が2条4項の定義規定を参照したことと、原審判決の上記一般論や当てはめとの因果関係は、さほど濃いものではないように思われる。

(5) 本判決と合意時説

本判決は、判旨1の一般論において「もたらす」（民集810頁）と述べ、当てはめにおいても、前記〔判旨〕1の（う）に相当する部分で「上記の状態をもたらししていた」（民集811頁）と述べており、合意が実際に実行されて初めて競争の実質的制限が成立すると考えているように見えなくもない。

これまで判例とされてきたのは、もし実行されたならば価格や品質をある程度自由に左右できる状態となるということが合意時に確実に言えるならば競争の実質的制限は合意時に成立するとするということの意味での合意時説である（最判昭和59年2月24日（昭和55年（あ）第2153号）刑集38巻4号1287頁〔石油製品価格協定刑事〕（刑集1313頁）、木谷明・石油製品価格協定刑事判決解説・最判解刑事篇昭和59年度134頁）。この考え方は公取委実務に定着しており、たとえば、立入検査時に合意はなされていたが実行はなされていなかったという場合でも違反があったとした事例が存在する（最近の例として、公取委命令平成20年12月18日（平成20年（措）第20号）審決集55巻704頁〔ニンテンドーDS Lite用液晶モジュール〕、公取委命令平成21年7月10日（平成21年（措）第18号）審決集56巻第2分冊48頁〔岡山市立中学校修学旅行〕）。

本件では、既に合意が実行されており、違反の成立時期が争点となったわけでもない。本判決の「もたらす」などの文言を深読みするのは適切でないように思われる。また、本判決は、判旨1の（あ）と（い）において、合意時にわかっていた事情を掲げ、「本件基本合意は、それによって上記の状態をもたらし得るものであったということが出来る。」（民集811頁）と締めくくっているのがあって、上記の意味での合意時説への配慮も示しているように見える。（う）が、現に実施したあとの状況を掲げて「上記の状態をもたらししていた」と述べたのは、駄目押しに過ぎないと見ることもできる。

(6) 本判決における一定の取引分野の認定

本判決は、本件審決の認定を概ね支持しつつ、「一定の取引分野」の範囲を「公社発注の特定土木工事」とした公取委の認定について、「少なくとも」その範囲において問題行為があったという認定は支持し得る、という微妙な表現

を用い（民集809～810頁）、本判決の結論部分では特に断りなく、「公社発注の特定土木工事を含むAランク以上の土木工事に係る入札市場」が「一定の取引分野」であるという考えを示唆している（民集811頁）。

この点について調査官解説は、本件審決の認定が、「『共同行為が対象としている取引』＝『競争が実質的に制限される範囲』をもって『一定の取引分野』を画定する」という「従来の基本的な考え方」によるものだ（古田・後記解説94頁および同93頁）、という認識を前提としたうえで、次のように述べている。「[従来の基本的な]考え方は、本来、『一定の取引分野』の画定が、当該市場において競争が実質的に制限されているか否かを判定するための前提として行われるものであることからすると、論理が逆であると考えられることから、本判決は、このような考え方を一般的な考え方としては採用せず、『公社発注の特定土木工事』（本件審決が本件基本合意の対象市場と認定した市場）よりも一般的かつ客観的な市場である『Aランク以上の土木工事』をもって、本件における『一定の取引分野』と画定したものと考えられる。」（古田・後記解説94頁）。夙に原審判決が指摘していたことである（民集912～913頁）。

この「従来の基本的な考え方」は、ハードコアカルテルは当然違反であるという方向での考え方（前記2（2））と通底するものであるから、これを否定する上記調査官解説は、当然違反であるという考え方を相対化し価格や品質をある程度自由に左右できる状態を要件とする本判決の考え方と通底している、ということになる。

3 不当な取引制限の他の要件について

（1）本判決の内容

調査官解説が、本判決は「不当な取引制限の成立要件を網羅して示した」というように（古田・後記解説96頁）、本判決は、「その事業活動を拘束し」と「共同して…相互に」についても、本件事案に即して、一定のことを述べている（民集810頁）。

その内容それ自体は、ありふれた事案に当てはめたところ容易に要件を充たした、という域を出ない。

（2）本判決・原審判決をめぐる諸説について

ところで、本判決が、「共同して」「相互にその事業活動を拘束し」というように区切るのではなく、「共同して…相互に」「その事業活動を拘束し」というように区切ったことについて、「相互に」という要件を相対化するものであると主張する文献が散見される。

2条6項が「相互に」と規定しているため、不当な取引制限の複数の違反者は競争関係にある必要があるのではないか、という考えが生じ、適用範囲に一定の制約が生まれて、それを克服しようとする議論が存在することは確かである（白石忠志『独占禁止法〔第2版〕』（有斐閣、平成21年）131～136頁）。しかしそのような問題は、「相互に」がその前とその後のいずれに結びつけられても生まれるはずのものである。むしろ、「相互に」がその後の「その事業活動を拘束し」と結びつけられたならば、「又は」の後にある「遂行する」には「相互に」がかからないこととなるため「遂行する」の文言を活用して問題を回避することが可能となるのに対し、「相互に」をその前に結びつけたならば、「相互に」は常に充たさなければならないことになり、論理的には、相対化論にとって、前進を意味するものではあり得ないように思われる。もちろん、「相互に」の意味それ自体を相対化して解釈するのであるなら、いずれに結びついていても同じなのであるが、そうであるとすれば、本判決が「相互に」をいずれに結びつけたかを問題とする必要もないということになる。

なお、原審判決が「拘束」について狭すぎる解釈を採用したとして批判する文献が多いが、原審判決は、2条6項の明文に現れる「拘束」そのものについては何も論じていない。原審判決は、競争の実質的制限の成否を論ずる文脈で、競争の実質的制限の成立を認め得るほどの拘束はなかったという意味で拘束の程度を論じただけである（たとえば民集915頁）。

4 判旨2の評釈

（1）はじめに

次に、判旨2を評釈する。判旨2は、入札談合事件における7条の2第1項の「当該商品又は役務」の解釈に関するものである。基本合意がなされても、個々の物件において入札談合が成功するとは限らない。成功せず競争がおこなわれた物件を課徴金対象とするか否かが問われることとなる。

（2）これまでの判審決など

このことが問題となった最初の事例だとされるのが、自動火災報知設備に関する審判審決である（公取委審判審決昭和60年8月6日（昭和57年（判）第2号）審決集32巻14頁）。当時は、個別物件に課徴金を課すには当該個別物件が違反行為の「実行」の対象となったことをいちいち示す必要があるか、という論ぜられ方をした。同審決は、基本合意の対象となった商品役務はすべて課徴金対象となるのであって個々の物件について「実行」がなされたことを要しない、という建前を示しつつ（審決集25頁）、実際には、課徴金を

賦課した物件については「実行」に相当することがおこなわれたことを確認し（審決集33頁）、「実行」がなされなかったと類型的に言えるもの（「親無し物件」と「非親受注物件」）については基本合意の対象から外す（審決集34頁）、ということによって、「実行」を要件とするのとはほぼ同じ結論を導いていた。

このような処理を、建前に拘泥せず実質を重視して一般化する一歩となったのが、協和エクシオに対する審判審決である（公取委審判審決平成6年3月30日（平成3年（判）第4号）審決集40巻49頁）。同審決は、「当該商品又は役務」とは、「本件のような受注調整の場合には、調整手続に上程されて、具体的に競争制限効果が発生するに至ったものを指すと解される」（審決集81頁）と述べた（平林英勝「最近の入札談合事件審判決の検討」判例タイムズ1222号（平成18年）48頁によれば、同審決のこの判示には実方謙二・自動火災報知設備審決評釈・公正取引420号（昭和60年）が影響を与えたという）。

年月を経て、これと同じ内容の一般論を述べ、以後の多数の事例の先駆けとなったのが、土屋企業に対する審判審決である（公取委審判審決平成15年6月13日（平成13年（判）第17号）審決集50巻3頁（審決集8頁））。

東京高裁判決がこの基準に初めて言及したのが、同審決を取り消した判決である（東京高判平成16年2月20日（平成15年（行ケ）第308号）審決集50巻708頁〔土屋企業〕（審決集714頁））。同判決が公取委審決を取り消したためか、具体的競争制限効果を必要とする解釈は同判決によって打ち立てられたものであると信じて、同判決を批判対象とする文献等が散見されるが、上記のように、その認識は誤りである。同判決は、具体的競争制限効果があるとして課徴金を課した公取委審決について、同事件の複雑な事実関係のもとで、問題の物件については具体的競争制限効果があったとしてもその原因となった受注調整手続に対して名宛人が「直接又は間接に関与した」とは言えない（審決集714～715頁、717頁）として、取り消したものである。具体的競争制限効果が必要であるという解釈を初めて打ち立てたわけではなく、具体的競争制限効果がないとして公取委審決を取り消したわけでもない。

この後、具体的競争制限効果を必要とする解釈は、入札談合事件の公取委実務において常に前提とされ、多数の事例が蓄積されるに至っている（白石・前記体系書524～527頁）。

以上のような実務に対しては、賛否両論がある（白石・前記体系書527～528頁）。

批判論は、要するに、課徴金は制裁手段なのであるから、基本合意の対象となった商品役務すべてに課せばよい、というものである。平成17年改正後は課徴金制度は制裁のためのものであると公取委自身も明確に説明するようにな

ったことを捉えて、少なくとも平成17年改正後はそのように解すべきだ、とするものもある。

これに対しては反論も可能である。そのような解釈を採れば、争点が、「当該商品又は役務」の範囲如何から、基本合意の範囲如何に移動するだけであり、何も変わらない。むしろ、基本合意の範囲を概括的に捉えて推定等の証明ルール適用を受けたほうが公取委にとって有利なのではないか。違反行為とはまったく関係のない取引まで課徴金対象とするのは違反行為に対する制裁として不適切であり課徴金制度の趣旨に反する。以上のような反論である。

(3) 本判決の位置づけ

本判決は、前記(2)でみた確立した実務を追認した。

機械保険に関する平成17年の最高裁判決は、「課徴金の額はカルテルによって実際に得られた不当な利得の額と一致しなければならないものではない」と述べており(最判平成17年9月13日(平成14年(行ヒ)第72号)民集59巻7号1950頁(1954~1955頁))、課徴金額を大きくしようとする論が常に引用するものであるので、それとの整合性について一言する。同判決は、具体的競争制限効果が生じたことは明らかな取引について、名宛人が、損害保険業の特殊性を主張して、その売上額を他とは違う方法で計算しようとしたことに対する回答である。それに対し、本判決が示した、具体的競争制限効果があった場合にだけ課徴金を課そうとする解釈は、具体的競争制限効果がなく不当利得が零である場合にまで課徴金を課すべきでない、というものである。機械保険判決の判示は、いくばくかの不当利得が存在する場合に限定されるものとして、その射程を狭く限定すべきであり、そのようにすれば、本判決との間の整合性も保たれる。

(4) 「具体的な競争制限効果」の具体的内容

「具体的な競争制限効果」の具体的な内容について、本判決は示唆するところがあるか。

この点について公取委審決は、競争単位減少説と呼ぶべき一般論を展開しており、それを支持するか否かが論点となっている。

公取委審決によれば、かりに個別物件においてアウトサイダーが存在したとしても、個別調整によって基本合意参加者のなかでは競争単位の数が減少しており、そのため全体としても競争単位の数が減少しているのであれば、アウトサイダーの行動如何にかかわらず、競争制限効果があるというに足りる、という。本件審決においては、競争単位減少説を原則としながら、「アウトサイダーの数が比較的多い場合には」例外である、という留保を付し(審決集55巻254頁)、本件で特に問題となった番号11の物件については「アウトサイ

ダーたる地元業者は2社とかなり少数」と認定したうえで競争単位減少説を適用し課徴金を課していた（審決集256頁。地元業者が多数であるとして競争単位減少説を適用せず結果としても課徴金対象外としたのは、番号1（審決集254頁）、番号4（審決集255頁）、番号19（審決集258頁）、である。）。その後、このような留保を付さず、競争単位減少説を一般的に主張する審決も現れるに至っている（たとえば、公取委審判審決平成22年11月10日（平成19年（判）第4号）審決集57巻第1分冊330頁〔ストーカ炉談合課徴金JFE〕（審決集343頁）、公取委審判審決平成22年11月10日（平成19年（判）第7号）審決集57巻第1分冊383頁〔ストーカ炉談合課徴金タクマ〕（審決集392頁））。一部の東京高裁判決にも、競争単位減少説に好意的なものが見られる（東京高判平成24年3月2日（平成22年（行ケ）第32号）〔ストーカ炉談合課徴金日立造船〕（判決書27～28頁））。

それに対し、多数の東京高裁判決においては、競争単位減少説には言及せず、アウトサイダーの存在によって実質的な競争がおこなわれたか否かが判断されているように見える（たとえば、東京高判平成23年10月28日（平成22年（行ケ）第31号）〔ストーカ炉談合課徴金JFE〕（判決書35頁）、東京高判平成23年11月11日（平成22年（行ケ）第33号）〔ストーカ炉談合課徴金タクマ〕（判決書29頁））。これらの判示は、第一義的には、アウトサイダーが存在したならそれだけで競争制限効果はない、とする、競争単位減少説のいわば対極にある考え方を否定したものである。しかし、そのうえで、個々の物件における具体的状況を判断しており、公取委の競争単位減少説ともまた、一線を画しているように思われる。

私見によれば、競争単位減少説とは一線を画する上記の考え方を徹底し、「具体的な競争制限効果」と「競争の実質的制限」とを同義と考えるべきである。両者の解釈に違いが生ずると、問題となる個別物件を違反要件のレベルで論ずるか課徴金賦課要件のレベルで論ずるかに応じて結論が異なることになってしまう。もちろん、前記2（2）でみた一般論の応用として、ハードコアカルテルの場合には通常は証明負担が行為者側に移る（たとえば、公取委審判審決平成17年9月28日（平成15年（判）第24号）審決集52巻100頁〔岡崎管工課徴金〕（審決集111頁））、ということが前提である。

本判決は、本件個別工事のそれぞれについて落札率に触れており、その意味では競争単位減少説とは一線を画している。しかし、本判決の認識においては、本件個別工事はいずれも落札率が高く具体的競争制限効果があったことが明らかだというのであるから、競争単位減少説の採否を判断する必要のなかった事案であったということもできる。本判決の調査官解説は、そのような趣旨であるように見える（古田・後記解説95頁）。

なお、本判決後の最初の入札談合事件公取委審決は、落札率を一応は認定しながらも、結局、受注調整の結果として受注予定者とされた者が落札したのだから具体的競争制限効果がある、としている（公取委審判審決平成24年11月26日（平成22年（判）第8号）〔川崎市発注下水管渠工事談合吉孝土建等〕（審決案33、34頁））。競争単位減少説が採られなかった場合に備えて念のため落札率を認定しつつ、自説である競争単位減少説は崩さない、ということなのであろう。

（5）本判決の射程

判旨2は、「本件においては」という留保を付している。

とはいっても、本判決の認識においては、本件は典型的な入札談合事件なのであるから、その射程は通常の入札談合事件すべてに及ぶと見るべきである。留保を要するのは、例えば、次のような事案であらう。

第1に、基本合意・個別調整という二重構造が鮮明に現れない入札談合以外の事案（通常の価格協定の事案など）においては、本判決の定式をそのまま当てはめることはできない。それらの取引については、また別の基準が論ぜられている（公取委審判審決平成8年4月24日（平成7年（判）第1号）審決集43巻3頁〔中国塗料〕（審決集16～18頁）、公取委審判審決平成11年11月10日（平成9年（判）第5号）審決集46巻119頁〔東京無線タクシー協同組合〕（審決集135～136頁））。尤も、いずれの基準も、個別の取引に具体的競争制限効果が及んだか否かを考えるという点において、実は共通しているように思われる。

第2に、入札談合事件であっても、土屋企業の事案のように、個別調整による具体的競争制限効果はあったかもしれないが当該個別調整に落札者が関与していなかった、という特殊な事案は、想定していないと見るべきであらう。本判決の認識においては、本件個別工事のなかにそのような特殊な事実関係を持つものは存在しない。むしろ、本判決自身が、一般論はさておき、本件への当てはめにおいては、「受注予定者とされた者が落札し受注したものであり」

（民集812頁）と述べて、本件が土屋企業のような事案ではないことを明示的に確認し、そのことを本件での考慮要素のひとつとしている。

なお、本判決後の最初の入札談合事件公取委審決は、「本件においては」の文言も挿入したまま本判決の一般論を引用している（前記吉孝土建等審決（審決案32頁））。

（6）本判決の結論の当否

本判決が、本件個別工事のそれぞれにつき、落札率の高さを強調して、具体的競争制限効果があったと認定したのに対して、原審判決は、後記5でみるよ

うに競争の実質的制限の成否の問題としてではあるが、反対の結論を得ている。若干敷衍すれば、以下の通りである。

番号11を除く6件の物件（民集802～804頁）について、原審判決は、結局のところ、本件基本合意がなくとも受注希望者は落札者である被上告人のみであったことを、課徴金を課さない根拠としている（民集906～912頁）。これは、本件基本合意と具体的競争制限効果（原審判決においては競争の実質的制限）との間の因果関係の不存在をいうもの、と分析できる。

番号11の物件（民集802頁）について、原審判決は、他の6件と同様に多くの入札参加者は最初から受注意欲がなかったことのほか、アウトサイダーである地元業者2社が受注を希望し、落札した被上告人（新井組）と何らかの合意をしたわけではないことを、課徴金を課さない根拠としている（民集905～906頁）。本件審決によれば、この2社は、最低制限価格（予定価格の80%）を下回った価格で入札したため失格している（審決集55巻257頁）。これは、因果関係の不存在と同時に、そもそも具体的競争制限効果（原審判決においては競争の実質的制限）という結果も生じていないという論である、と分析できる。

本判決と原審判決の結論の当否を断ずるのは、容易ではない。

因果関係の問題については、受注希望者が1名である場合の行動を含む基本合意が認定された以上は、因果関係の存在も推認される、という考え方もあり得るところであり、結局、原審判決の認定がその推認を覆すだけの他の事業者の独自判断を示し得ていたか否かによって、当否を論ずることになる。

他方で、番号11の物件のアウトサイダーの問題については、地元業者が5社おり「比較的多数」であるとされ本件審決において具体的な競争制限効果が不成立とされた番号4の物件と対比するのが興味深いと思われる。本件審決によれば、番号4の物件では、地元業者5社のうち、3社が最低制限価格を下回ったために失格となった模様であるのに加え、1社が86.89%で入札しており、これらの地元業者4社は「競争的行動をとったものと認められる」としている（以上、審決集55巻255頁）。最低制限価格を下回った者も、86.89%で入札した者も、「競争的行動をとった」とされた番号4の物件と、2社が最低制限価格を下回り、落札者の落札率が89.79%であった番号11の物件との間に、具体的な競争制限効果の有無を分ける線を引けるのか否か、を論ずることになる。

いずれにしても、原審判決に「厳しい批判」を浴びせた諸評釈のように、原審判決が、「自由で自主的な営業活動を行うことを停止あるいは排除する」という一般論のもと、競争が完全に消滅した場合に限って具体的な競争制限効果（競争の実質的制限）を認める態度を採ったのが公取委敗訴の原因であったと強調するのは、短絡であるように思われる。

5 基本合意と個別調整をめぐる法律構成について

(1) 本判決と原審判決の相違

以上においては、本判決の法律構成を前提として、個々の判旨を評釈してきた。しかし、本件をめぐる諸論議の全体像を把握するには、本判決の法律構成を相対化する必要がある。「厳しい批判」を受けた原審判決は、そもそも、法律構成において、本判決や通常の公取委実務と違っているからである。

本判決の法律構成は、基本合意について独禁法違反要件（不当な取引制限）の成否を論じ、個別調整について課徴金賦課要件（「当該商品又は役務」の解釈である具体的競争制限効果を中心とする）の成否を論ずる、というものである。基本合意だけで違反要件を充たすとするにより、まず全体に大きな網をかけることができ、個別物件での課徴金賦課要件の成否についても証明負担上の有利さを獲得することができ、また、個別物件だけでは「一定の取引分野」というには足りないとする論をかわすこと（そのような論への賛否は別に）もできるようになる。

それに対し、原審判決は、個々の物件の個別調整について独禁法違反要件（不当な取引制限）の成否を論じた、という色彩が濃い。すなわち、独禁法違反要件（不当な取引制限）の議論のレベルで既に、本件個別工事における競争制限の状況を詳細に論じ、違反不成立という結論に至って、本件審決の本件個別工事に関する部分を取り消したのである。原審判決自身は、そのような法律構成を明確にしているわけではないが、その判断の全趣旨だけでなく、とりわけ、「抽象的な競争の実質的制限の概念を被告〔公取委〕の主張のように観念することができるとしても、そのような事実が具体的に認定できるか否かは個別の物件受注に当たって考察するほかない。」という判示（民集9 1 3～9 1 4頁）には、その傾向を見て取ることができる。

(2) 相違の生じた背景

以上のような相違が生じた背景については、説明が必要である。

通常の事件においては、独禁法違反要件の成否は排除措置命令手続のなかで論じ、課徴金納付命令手続においては課徴金賦課要件の成否のみを論ずる、ということとなっている（公取委審判審決昭和59年2月2日（昭和57年（判）第1号）審決集30巻56頁〔レンゴー〕（審決集61～62頁）で確立し平成17年改正により59条2項として成文化された実務）。

したがって、本判決・公取委の法律構成においては、基本合意が独禁法違反であることを排除措置命令手続において論じて基本合意を排除措置命令の対象

とし、課徴金納付命令手続においては個別調整が課徴金賦課要件を充たすか否かのみを論ずる、ということになる。

そうしたところ、本件は例外的な「一発課徴金」の事例であった。「一発課徴金」とは、公取委実務において使われる言葉であり、公取委が排除措置命令をせず課徴金納付命令のみをおこなう場合を指す。本件は、推測するに当時の除斥期間の関係で排除措置命令をすることができず（平成17年改正前の7条2項により除斥期間は1年）課徴金納付命令のみをおこなったもの（平成17年改正前の7条の2第6項により除斥期間は3年）である。

「一発課徴金」の場合には、独禁法違反要件の成否も、課徴金納付命令手続のなかで論ずることとなるので、法律構成としては、次の2通りが生ずることとなる。

一方で、いつもの「型」を崩さず、課徴金納付命令手続のなかで、基本合意が独禁法違反であると論じたあと、さらに、個別調整が課徴金賦課要件を充たす、と論じていく手法が考えられる。本件審決が採用し、本判決が是認した構成である。

他方で、排除措置命令はおこなわないという本件の状況のなかで目的合理的に考えれば、個別物件における個別調整だけを論ずればよいのであるから（前記〔事実〕1でみたように、課徴金賦課に際しては名宛人が落札・受注した個別物件のみを見れば足りる）、それについて、課徴金賦課要件ではなく、端的に、独禁法違反要件の問題として、行為要件と弊害要件の成否を論ずる、という構成が考えられる。原審判決は、その色彩が濃い。また、「一発課徴金」審決の司法審査をしたという意味では本件の他の4件の東京高裁判決（前記〔事実〕3）も同様の状況にあったわけであるが、そのうち西松建設等に関するものは、新井組等に関する原審判決と同様の枠組みを採用し、個別物件の状況をみたうえで、違反という結論を得ている。

（3）違反要件は必ず基本合意のみで論じなければならないか

原審判決が個別調整を中心に検討したうえで不当な取引制限の成否を論じていることに関連して、調査官解説は、「〔基本合意と個別調整のうち〕不当な取引制限を構成するのは、基本合意であって、個別調整ではない。不当な取引制限の成立要件は、全て基本合意によって満たされる必要がある。」と述べている（古田・後記解説91頁）。全く同様の論述は、独禁法分野の一般的理解を示すものとして同解説が特に重視して引用する文献において既になされていた（根岸哲・原審判決評釈・平成22年度重要判例解説（ジュリスト1420号）294頁）。しかし、個別調整を中心に論じて不当な取引制限を認定する立論は、いわゆる「1回限りの談合」の論点と直接結びつくものであり、軽々に否定し得るものではない（簡潔で的確な記述の一例として、根岸哲＝舟田正

之『独占禁止法概説〔第4版〕』（有斐閣、平成22年）47頁）。公取委審決の法律構成を支持する東京高裁判決は既に存在したが、そのような法律構成は否定するにあたらぬとしているだけであり、個別調整を違反行為とする法律構成を否定しているわけではない（たとえば、前記2（2）に掲げたストーカ炉談合東京高裁判決（審決集55巻930頁、941頁））。東京高裁判決のなかには、やや勇み足で、排除措置命令書に基本合意の実行状況（個別調整）を記載するのは余事記載であるとまで述べたものもあるが、当該判示を全体として観察すると、基本合意だけで違反とした公取委審決は非難にあたらぬとしているだけであり、個別調整をみて違反の成否を論ずる法律構成を否定する必要のない文脈のものであって、現にそのようなことを明確に述べているわけでもない（東京高判平成20年9月12日（平成20年（行ケ）第3号）審決集55巻872頁〔賀数建設〕（審決集881頁））。

多くの入札談合事件において「基本合意・個別調整」という二重構造があることを前提とすれば、それを違反要件と課徴金賦課要件とに分けて対応する基本的な「型」が確立されることには意味があり、本判決はそれに資するものであろう。しかし、すべての事件においてその「型」が妥当するとは限らないのであって、その「型」でなければ法律構成として誤っている、という態度が採られるのであれば、適切でないように思われる。尤も、調査官解説はいざ知らず、本判決それ自体は、「全て基本合意によって満たされる必要がある」などと述べているわけではないし、それを前提としなければ導き得ない立論をしているわけでもない。

（4）導かれる視角

こうして、同じように不当な取引制限の成否という議論をしているように見えながら、本判決と原審判決は、基本合意が不当な取引制限に該当するか否かを論じているのか、個別調整を中心的に観察して不当な取引制限に該当するか否かを論じているのか、という大きな違いがあったわけであり、そのことを明確に捉えて初めて、本件の多くの側面を的確に理解することができる。例示するなら、次の通りである。

第1に、原審判決は、個別物件の具体的状況までみたうえで不当な取引制限に該当しないという結論をまず言い切り（前記〔事実〕4（1））、そのうえで、基本合意が不当な取引制限であるという公取委の主張に応じている（前記〔事実〕4（2））。本判決は、原審判決を紹介する際、この順序を逆転させている（民集808～809頁）。みずからの法律構成の土俵に乗せようとしたのであろう。

第2に、原審判決が、個別物件の具体的状況までみたうえで不当な取引制限が成立していないと述べる判示は、本判決の構成にあわせて再構成するなら

ば、課徴金賦課要件である「当該商品又は役務」の解釈としての具体的競争制限効果の成否（あるいは行為と具体的競争制限効果との間の因果関係の成否）に関するものだと翻訳して、検討する必要がある。本稿では既に判旨2の評釈として触れた（前記4（6））。

第3に、原審判決が、本件基本合意の程度の拘束では競争の実質的制限があるとは言えない、と述べたのは、善解すれば、基本合意が不当な取引制限に該当しないとのおうとしたのではなく、個別物件までみたうえで不当な取引制限に該当すると言えるためには基本合意のような抽象的なものでなく個別物件における具体的状況まで見る必要があるとおうとしたのだ、と考えられる。本件基本合意の程度の拘束では足りない、という原審判決の判示に対しては、多くの原審判決評釈からの「厳しい批判」（古田・後記解説96頁の表現）があり、本判決は原審判決を紹介するにあたり、原審判決のこの判示を前面に掲げるに及んでいるが（民集808～809頁）、これらは、以上に述べた構造を正解しないものである可能性が高い。

第4に、原審判決は、本件基本合意がそれだけで不当な取引制限に該当するかという点については必ずしも論じていないのであり、本判決がその主たる判示であるとして強調する部分（判旨1）は、本件の結論にとっては、必ずしも中心的な争点ではなかったことがわかる。本件の具体的結論の分かれ目は、判旨2に即して前記4（6）で指摘したような諸点にあった。

もし原審判決が、違反要件に触れず、「当該商品又は役務」の問題として個別物件を論じて本件審決を取り消していたなら、最高裁が上告を受理したか否かを含め、状況は大きく変わったであろう。

本判決には、古田孝夫調査官による解説（ジュリスト1448号）があるほか、大久保直樹・ジュリスト1442号、齊藤高広・ジュリスト1445号、泉水文雄・速報判例解説11号、滝澤紗矢子・法学（東北大学）76巻3号、宮井雅明・公正取引739号、向田直範・NBL982号、村上政博・国際商事法務40巻6号、などがある。

（白石忠志）